

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La nature ambiguë du droit administratif belge

Nihoul, Marc

*Published in:*

Mélanges en hommage au professeur Robert Andersen

*Publication date:*

2009

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2009, La nature ambiguë du droit administratif belge. Dans *Mélanges en hommage au professeur Robert Andersen*. Bruylant, Bruxelles, p. 471-496.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LA NATURE AMBIGUË DU DROIT ADMINISTRATIF BELGE

PAR

MARC NIHOUL

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES  
NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR  
DIRECTEUR DU CENTRE PROJUCIT (1)  
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

*« Il n'existe aucun principe général du droit relatif à 'l'unité du droit' » (2)*

## INTRODUCTION

1. Il n'est pas excessif d'écrire que Robert Andersen incarne d'une certaine manière le droit administratif belge. Il a d'abord enseigné cette matière durant de nombreuses années à l'Université catholique de Louvain, où il a développé moult recherches qui n'ont cessé d'alimenter la *«pensée juridique administrative»*. Il occupe ensuite depuis plusieurs années le fauteuil de Premier Président du Conseil d'Etat. Il fait ainsi la synthèse entre la théorie et la pratique (3) du droit administratif. L'ensemble de son parcours est tout simplement impressionnant.

Dans ce contexte, deux moments forts, au moins, nous lient à tout jamais. Deux moments dans lesquels, à titre personnel, nous ne pouvions, déjà à l'époque, qu'être impressionné. Il y eut, d'abord, l'étude du droit administratif durant feu la deuxième licence en droit à l'Université catholique de Louvain. Il y eut

---

(1) Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : [www.projucit.be](http://www.projucit.be).

(2) La contribution à un *Liber amicorum* autorise davantage de liberté que d'ordinaire et c'est avec un immense plaisir que nous sacrifions à cette tradition.

Cass., 16 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 743; Cass., 11 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 2071 et *T.M.R.*, 2002, p. 244, note P. VANBANT, «Over de irrelevantie van administratieve procednres bij de beslissing over straf en herstel».

(3) Robert ANDERSEN a également pratiqué le métier d'avocat durant de nombreuses années.

ensuite la défense de notre thèse de doctorat en droit (4) à l'Université de Namur. Robert Andersen était, à coup sûr, l'un des membres du jury parmi les plus redoutables. Il faut préciser que nous ne partageons pas nécessairement les mêmes idées au sujet des privilèges du préalable et de l'exécution d'office, d'origine française, et plus fondamentalement sur la nature spécifique du droit administratif belge. Encore récemment, l'excellent orateur nous l'a rappelé dans la conférence qu'il a bien voulu nous offrir dans la salle du Congrès du Parlement fédéral à l'occasion du dixième anniversaire (5) de la revue bilingue *Chroniques de droit administratif (C.D.P.K.)* (6) – revue belge consacrée au droit public au sens large de l'expression et que nous avons eu le plaisir, avec Robert et d'autres collègues, de porter ensemble sur les fonds baptismaux –, le service public réclame, selon lui, des règles spécifiques et adaptées, en ce compris par exemple en matière de responsabilité.

#### I. – LA SUJÉTION DE PRINCIPE AU DROIT COMMUN

2. Voilà qui paraît diamétralement opposé au sujet de notre thèse de doctorat qui consistait – pour en reprendre fidèlement le titre – dans une relecture civile et judiciaire des privilèges du préalable et de l'exécution d'office à la lumière du droit commun de l'exécution. Et pourtant. Notre propos n'était pas, à l'époque déjà, de proscrire toute adaptation du droit commun au service public. Notre point de vue visait davantage à rappeler la spécificité du droit administratif belge par rapport au droit administratif français. Cette spécificité est directement liée à la place et au rôle du pouvoir judiciaire en matière administrative, Cour de cassation en tête. La protection judiciaire des droits subjectifs est garantie par la Constitution et parmi ceux-ci figure la loi commune, tant que le législateur n'en a pas décidé autrement. Tel est le principal enseignement successive-

(4) *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Thèse de doctorat, Bruges, La Charte, 2001, 792 pp.

(5) Voy., à cette occasion, S. LUST et M. NIHOUL (éd.), «Le droit public au tournant du millénaire», *C.D.P.K.*, 2007, n° spécial anniversaire, 273 pp.

(6) <http://www.cdph.be>

ment réaffirmé par la Cour de cassation dans ses trois célèbres arrêts *La Flandria*, *Anca* et *Ferrara Jung* (7).

Les termes de l'article 92 (144) de la Constitution ont «mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent, et confié aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes portées à ces droits» (8).

«(...) tel qu'il ressort des articles 24, 67, 78, 92, 93, 106 et 107, et qui est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu'il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé, ce que faisant il fait œuvre non d'administrateur mais de juge d'une contestation dont l'objet est un droit civil» (9).

Dans ces trois arrêts, la loi commune n'était autre que le Code civil au sein duquel est organisée la responsabilité civile extra-contractuelle, dans ses articles 1382 et suivants. En droit belge, la responsabilité civile des pouvoirs publics est une partie pour le moins substantielle du contentieux administratif dont la compétence revient au pouvoir judiciaire, à l'exclusion du Conseil d'Etat.

Or, selon nous, la loi civile prescrit des règles élémentaires applicables en matière administrative sur quatre ou cinq points, pour l'essentiel, compte tenu de leur objet : la responsabilité civile, certes, mais aussi la prescription, la preuve, l'exécution des obligations et les contrats (10). Il serait donc à tout le moins incohérent de limiter

(7) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 et concl. conf. proc. gén. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén. et 1921, I, 114 (sommaire) concernant la responsabilité de l'Etat du fait de son pouvoir exécutif; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 316 et concl. conf. proc. gén. J. VELU, alors pr. av. gén. concernant la responsabilité de l'Etat du fait de son pouvoir judiciaire; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1870 et concl. conf. proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors pr. av. gén. concernant la responsabilité de l'Etat du fait de son pouvoir législatif. Chacun des trois arrêts a lieu entendu donné lieu à de nombreux articles et commentaires en doctrine.

(8) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 239.

(9) *Ibid.*, 240.

(10) La notion constitutionnelle de «droits civils» est cependant beaucoup plus large jusqu'à inclure la plupart des droits fondamentaux et les contestations en matière répressive. Voy. notamment proc. gén. GANSOF VAN DER MEKENSCH, alors av. gén., concl. conf. préc. Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 430, ici 448 à 448.

l'application des «*règles civiles communes*» au seul domaine de la responsabilité civile. D'ailleurs, le Code civil prévoit lui-même des règles spécifiques à l'égard des pouvoirs publics, dans certains cas. L'on songe, en particulier, au domaine de la transaction civile avec l'article 2045, alinéa 3 du Code civil (11).

Il convient par conséquent d'étendre ces règles civiles élémentaires à l'exécution forcée des obligations administratives, ce qui n'est évidemment pas sans conséquences sur les célèbres privilèges du préalable et de l'exécution d'office, relatifs, à notre sens, à l'exécution forcée des obligations administratives (12). Tout l'intérêt de ces privilèges consistait précisément à adapter le droit commun, en jurisprudence française, aux nécessités de l'action administrative. D'où la naturelle proximité entre les droits administratifs et civils français de l'exécution dans la réalité et la conclusion selon laquelle, en droit belge, l'application du droit civil de l'exécution en matière administrative ne pose guère de difficultés en pratique : il est «*prêt-à-appliquer*». Il est d'ailleurs appliqué lorsqu'il s'agit d'exécuter l'obligation de réparer dans le chef de l'autorité.

Dans tous les cas, cependant, le législateur reste libre de prévoir d'autres règles, c'est-à-dire de déroger au droit commun (13). A condition, bien entendu, de respecter les principes d'égalité et de non-discrimination, de même que – de plus en plus – le droit international, en particulier le droit européen en matière de service public, mais aussi la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore les Pactes

(11) Selon cette disposition, «*Les communes et les établissements publics ne peuvent transiger que moyennant l'autorisation prévue à l'article 49 de la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique*». L'exemple est loin d'être isolé. Voy., par exemple, les articles 537 et suivants du Code civil au sujet du domaine public et spécialement l'article 537, al. 2 stipulant que les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. Voy. encore l'article 1712 du Code civil au terme duquel les baux des biens nationaux, des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers.

(12) L'expression revêt en effet, au gré des auteurs, une multitude de sens différents en doctrine, et donc en jurisprudence et en législation. Cette définition nous paraît toutefois la plus conforme aux origines de l'expression que nous avons retrouvées en France, dans les écrits du Doyen Maurice HAURIOU. En pratique, l'interaction des différentes sources juridiques est telle qu'il devient souvent très difficile d'en démêler les fils patiemment tissés sous l'effet du temps.

(13) Il arrive, dans ce cadre, que le législateur réceptif avec bonheur des concepts et critères également issus de la jurisprudence française tels que la continuité du service public, en tant que notion contrôlable *in concreto*, dans le cadre de la saisissabilité limitée des biens appartenant aux personnes morales de droit public (voy. l'article 1412bis du Code judiciaire) ou encore dans celui de l'application des sanctions pénales spécifiques aux personnes morales (voy. l'article 7bis du Code pénal).

internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels.

Une telle conception du droit administratif, caractérisée par la sujétion de principe des autorités au droit commun, s'inscrit pleinement dans une relecture moderne du droit administratif sous l'angle des droits fondamentaux et du principe de légalité. Elle ne fait que tirer les conséquences de la conception même du système administratif belge tel qu'établi en 1831.

Contrairement à ce qui a été écrit, notre thèse n'est donc pas celle d'une «*civilisation des privilèges de l'administration*» (14) et encore moins celle de la civilisation forcée de ceux-ci. Il s'agit tout au plus de leur relecture moderne sous l'angle des droits fondamentaux et donc du droit commun, auquel les autorités publiques sont soumises en l'absence de dérogation légale, s'agissant de contestations portant sur des droits civils, au rang desquels figure l'exécution des actes juridiques au même titre que la responsabilité, tant que l'article 144 de la Constitution n'est pas révisé sur ce point.

En ce qui concerne les privilèges du préalable et de l'exécution d'office, cette relecture conduit à n'autoriser le recours à la contrainte sans l'autorisation préalable du juge ou le respect des procédures d'exécution forcée que dans deux hypothèses : celle de l'existence d'une norme de valeur législative dérogeant au droit commun sur ce point en faveur de l'autorité concernée ou encore celle de l'urgence nécessaire ou de la force majeure. Avec cette observation importante à la lecture de la jurisprudence rendue au sujet des privilèges. En pratique, cette conception des privilèges paraît à ce point respectée, voire ancrée dans les habitudes, qu'elle est en phase avec la réalité. En dehors des habilitations légales, les autorités administratives répugnent visiblement à recourir à la force sans y avoir été autorisées au préalable par le juge judiciaire (15).

3. En France, B. Plessix n'est pas loin du même raisonnement lorsque, confronté à une dualité marquée de juridiction, il étudie l'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif.

(14) P. MARTENS, «*Que reste-t-il du droit administratif?*», A.P.T., 2006, p. 2, n° 3. Il ne s'agit nullement de «*permissions accordées par le droit commun*» dès lors qu'une multitude de textes de loi spécifiques au droit administratif établissent les privilèges dans les matières où ils paraissent indispensables, spécialement en matière de police administrative générale et spéciale.

(15) Pour une conception différente, voy. P. GOFFAUX, *L'absence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Thèse de doctorat, Bruxelles, Bruylant, 2002, 374 pp.

Selon l'auteur, «On sait qu'il est de plus en plus fréquent d'envisager la disparition du droit administratif. Pourtant, quelles que soient l'augmentation du volume des normes communautaires et l'importance prise par l'application aux personnes publiques du droit de la concurrence, le droit administratif français existera tant que – et c'est la conjonction de ces deux éléments qui est trop souvent négligée – l'on n'aura pas supprimé le juge administratif et rendu le Code civil et l'ensemble de la législation de droit privé applicables de plein droit aux rapports entre la puissance publique et les particuliers. La disparition du droit administratif ne peut passer que par des décisions constitutionnelles et législatives inverses de celle de l'arrêt Blanco : elle n'est envisageable que le seul jour où, telle une reddition à l'armée ennemie, le législateur décidera, par exemple, que, désormais, le Code civil, dans ses articles 1382 et suivants, retrouve vis-à-vis de la responsabilité des personnes publiques la généralité et l'absolutisme de ses dispositions. En dehors d'une telle hypothèse, toute discussion est superflue, au risque, sinon, d'aboutir à une confusion entre l'autonomie d'un droit et la question, toute différente, de l'évaluation de son degré d'originalité. Quelles que soient les ressemblances ou les différences entre le droit civil et le droit administratif, tant que le Code civil n'aura pas été déclaré dans son intégralité applicable de plein droit aux collectivités publiques, il sera légitime d'évoquer l'autonomie du droit administratif, légitime de parler d'emprunt, et légitime de partir à la recherche des origines du droit administratif français, – notamment civilistes» (16).

En droit administratif belge, le Code civil a été déclaré applicable de plein droit aux collectivités publiques, sous réserve de dérogations légales. Il eût été opportun qu'un article de la Constitution, voire du Code civil, l'indiquât expressément. À défaut, la Cour de cassation s'en est chargée, dans le silence de la loi, avec un arrêt fondateur très différent de l'arrêt Blanco, l'arrêt *La Flandria*, plusieurs fois confirmé ensuite et encore très récemment.

(16) B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse de doctorat, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, n° 952, pp. 820 et 821 (souligné par nos soins). En droit belge, une étude générale comparable à celle de B. PLESSIX fait défaut à l'heure actuelle. Sur les rapports entre droit administratif et droit civil en doctrine belge, voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, 2001, n° 53 et s., pp. 57 et s.

4. En Belgique aussi, l'existence même du droit administratif est sujette à questions. Plus généralement, celle du droit public au sens large d'ailleurs.

Ainsi, récemment, un colloque était consacré à Bruxelles au service public par les Facultés universitaires Saint-Louis avec cette considération significative dans le titre même : «entre menaces et renouveau» (17).

Toujours à Bruxelles, en 2006, la revue *Administration publique* avait choisi de fêter son trentième anniversaire notamment par une conférence de P. Martens au Palais des Académies intitulée «Que reste-t-il du droit administratif?» (18).

Encore à Bruxelles, en 2004, le Centre de droit public de l'U.L.B. avait choisi de fêter ses 25 années d'existence en organisant un cycle de conférences consacrées à cette question provocante : «le droit public existe-t-il?» (19) L'expérience était également cybernétique avec le lancement d'un site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public, intitulé de la même manière (20).

Manifestement, le droit administratif belge – voire le droit public belge dans son ensemble – se remet en questions. Ce qui, somme toute, est plutôt bénéfique et signe de bonne santé, voire de vitalité. Car si l'on prend la peine d'élargir la perspective, le droit administratif n'a eu de cesse d'évoluer depuis son apparition; son évolution est naturelle dans un mouvement constant d'adaptation au contexte qu'il lui est donné d'accompagner.

## II. – UNE TENDANCE ACTUELLE AU RAPPROCHEMENT

5. Du point de vue de la *spécificité juridique*, force est d'observer que la tendance actuelle est en faveur d'un rapprochement voire d'un alignement du droit administratif sur le droit commun. Le principe démocratique d'égalité et de non discrimination n'y est probablement pas étranger; du moins dans son idée fondamentale (21), car plusieurs

(17) *Le service public : entre menaces et renouveau*, Bruges, La Charte, Bibliothèque de droit administratif, 2009, à paraître.

(18) A.P.T., 2006, pp. 1 à 6.

(19) *Revue de droit de l'U.L.B.*, 2006/1, «Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?».

(20) <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/>

(21) L'on peut observer que ce principe était déjà présent et affirmé par la Cour de cassation dans son arrêt *La Flandria* pour imposer l'application des articles 1382 du Code civil, en l'absence de loi spécifique.

exemples montrent que c'est paradoxalement le législateur qui, sur plusieurs points, prend subitement la décision d'appliquer désormais le droit commun aux personnes publiques concernées alors que la Cour constitutionnelle – anciennement Cour d'arbitrage – avait déjà couvert la différence de traitement juridique dénoncée en la considérant conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

5.1. Tel est le cas en matière de *prescription* des créances à charge des principales collectivités publiques. A de nombreuses reprises, la Cour constitutionnelle avait pris soin de valider les dispositions spécifiques qui établissaient un délai de prescription raccourci en faveur de certaines autorités publiques; non sans distinction difficilement justifiable par rapport à d'autres autorités qui, selon nous, constituent aussi des débiteurs de nature particulière, cela écrit au passage (22).

Encore récemment, la Cour constitutionnelle rappelait de la sorte qu'«Ainsi que la Cour l'a jugé dans ses arrêts n° 32/96, 75/97, 5/99, 85/2001, 42/2002, 64/2002, 37/2003, 1/2004, 86/2004, 127/2004, 165/2004, 170/2004, 153/2006, 90/2007, 122/2007, 124/2007, 17/2008 et 97/2008, le législateur, en soumettant à la prescription quinquennale les actions dirigées contre l'Etat, a pris une mesure en rapport avec le but poursuivi, qui est de permettre de clôturer les comptes de l'Etat dans un délai raisonnable. Il a en effet considéré qu'une telle mesure était indispensable, parce qu'il faut que l'Etat puisse, à une époque déterminée, arrêter ses comptes : c'est une prescription d'ordre public et nécessaire du point de vue d'une bonne comptabilité» (23).

Cette opinion ne semble pas – ou plus – partagée par le législateur qui a décidé, par les articles 113 et 15 respectivement de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral et de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'orga-

(22) Voy., sur ce point, M. NIHOUL, «A propos de l'inégalité des autorités publiques en matière de prescriptions», note sous C.A., n° 106/2006, 21 juin 2006, C.D.P.K., 2006, pp. 705 à 713; du même auteur, «L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative», in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *Le droit public au tournant du millénaire*, C.D.P.K., 2007, n° spécial anniversaire, n° 11 à 13, pp. 75 à 78.

(23) C.C., n° 97/2009, 4 juin 2009, B.4, 1<sup>er</sup> paragraphe.

Rem. pourtant Projet de loi portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, Rapport, Doc. parl., Ch., s.o. 2001-2002, n° 50 – 1870/004, pp. 59 et 77 : il serait ainsi tenu compte de la «nouvelle jurisprudence de la Cour d'arbitrage» qui aurait jugé les règles en matière de prescription contraires au principe d'égalité...

nisation du contrôle de la Cour des comptes, de calquer désormais la prescription publique sur les règles du droit commun en y renvoyant purement et simplement, sauf en ce qui concerne les paiements indus en matière de traitements, indemnités, allocations, etc. (24). L'exposé des motifs de la première loi indique en ce qui concerne ces derniers que «L'origine de ces créances est en effet si particulière pour le secteur public qu'il n'est pas possible de se référer au droit commun. Pour ces créances, les règles prévues à l'article 106 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat sont conservées, moyennant quelques adaptations mineures liées à la philosophie du projet» (25). A contrario, cela signifie que l'application du «droit commun de la prescription» (26), pour le reste, était parfaitement possible et envisageable dès avant le projet de loi concerné; du moins depuis 1998, puisqu'il faut préciser que la jurisprudence constitutionnelle évoquée ci-dessus comparait les délais de prescription de l'Etat avec la prescription de droit commun telle qu'elle existait avant la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription (27).

La section de législation du Conseil d'Etat a fait observer sur ce point que «Compte tenu de la réforme en projet, on peut toutefois s'interroger sur le point de savoir si les raisons invoquées pour justifier en 1970 des règles particulières de prescription pourraient encore être invoquées. En effet, il n'est pas certain que la mesure puisse encore être considérée comme ayant un «rapport avec le but légitime poursuivi qui est de permettre de clôturer les comptes de l'Etat». Une créance non acquittée n'est, en effet, pas de nature, dans la réforme de la comptabilité en projet, à empêcher l'Etat de clôturer ses comptes. Quant au volume des affaires que doit traiter l'Etat, «manœuvrant un appareil

(24) Voy. M. KAISER, «La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics : un domaine en pleine mutation», A.P.T., 2004, pp. 119 à 162; D. LAGASSE, «Le délai de prescription des dettes et des créances de l'Etat et des autres pouvoirs publics», J.T., 2006, pp. 428 et 429; J. BAECCK, «Buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid», N.J.W., 2006, pp. 870 à 881. Le droit commun en la matière est fixé par l'article 2262bis du Code civil.

(25) Projet de loi portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, Doc. parl., Ch., s.o. 2001-2002, n° 50-1870/001, p. 50, n° 95 et p. 139, n° 299; Projet de loi fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, Doc. parl., Ch., s.o. 2001-2002, n° 50-1871/001, p. 15 (le Rapport de ce projet renvoie purement et simplement au Rapport du projet précédent).

(26) Comp. la «référence au droit commun» (Rapport, op. cit., n° 50-1870/004, p. 13) ou encore le «renvoi au droit commun» (ibid., p. 59).

(27) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 32.480/4 du 13 mars 2002, Doc. parl., Ch., s.o. 2001-2002, n° 50-1870/001, p. 223.

*administratif lourd et compliqué, submergé de documents et d'archives, il conviendrait de confronter ce motif aux possibilités aujourd'hui offertes à l'Etat par les moyens modernes de stockage et de traitement de l'information. Certes la loi du 10 juin 1998, précitée, tend à réduire les divergences entre la prescription de droit commun et celle applicable aux créances à charge de l'Etat et, donc par voie de conséquence le caractère éventuellement disproportionné de la différence de traitement. Mais par contre, le rapport entre la mesure particulière et le but poursuivi devient tout aussi douteux, car on n'aperçoit plus guère la nécessité d'un traitement différencié. En d'autres mots, compte tenu de l'évolution de la gestion de l'Etat d'une part, et du raccourcissement des délais de prescription de droit commun, d'autre part, est-il encore bien justifié de prévoir un régime dérogatoire au droit commun pour les créances à charge de l'Etat? En tout état de cause, il appartient à l'auteur du projet d'apporter cette justification, autrement que par un simple renvoi à la loi du 6 février de 1970, précitée» (28).*

5.2. En matière de responsabilité pénale, aussi, l'idée d'un rapprochement avec le droit commun fait son chemin. A l'heure actuelle, seules les collectivités politiques énumérées sont en principe totalement immunisées de toute responsabilité pénale en vertu de l'article 5, alinéa 4 du Code pénal (29). Mais déjà le législateur réfléchit-il à responsabiliser davantage toutes les «personnes morales de droit public» en établissant cependant une responsabilité pénale limitée les concernant (30). La Cour constitutionnelle avait pourtant couvert l'immunité pénale des collectivités politiques énumérées tant du point de vue de la comparaison entre les personnes publiques concernées que du point de vue du sort réservé, par voie de conséquence, aux personnes agissant pour le compte des collectivités (31).

(28) *Ibid.*, pp. 224 et 225. Concernant l'insuffisance de la justification avancée dans le commentaire des articles, voy. *ibid.*, n° 50-1870/004, p. 77.

(29) «Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluri-communales, les organes territoriaux intra-communales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale».

(30) Voy. proposition de loi M. DOOMER et arts. modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, *Doc. parl., Ch.*, s. 2007-2008, n° 52-1146/001 et notre avis critique in *C.D.P.K.*, 2006, pp. 488 à 493. Ladite responsabilité serait limitée, selon cette proposition, aux infractions constitutives d'une violation d'une norme de rigueur ou de sécurité qui lui est imposée.

(31) C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002; C.A., n° 8/2005 du 12 janvier 2005; C.C., n° 31/2007, 21 février 2007. Sur ces trois arrêts, l'on consultera successivement les contributions suivantes et les références que celles-ci mentionnent : M. NIHOUL, «L'immunité pénale des collectivités

Néanmoins, la responsabilité démesurée, encourue par les bourgmestres et échevins locaux en particulier, du fait de la loi précisée, semble promettre une réforme prochaine. D'une part, l'immunité de la collectivité incite les victimes à poursuivre les personnes physiques responsables, à défaut d'autre cible. D'autre part, à la différence de ceux qui agissent pour le compte d'une personne morale responsable pénalement, ceux qui agissent pour le compte d'une personne morale immunisée ne peuvent en effet pas invoquer la cause d'excuse absolutoire prévue par l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal permettant dans certains cas de ne condamner que la personne morale – à l'exclusion de la personne physique – lorsqu'elle a commis la faute la plus grave (32).

Les derniers amendements déposés à la Chambre des représentants penchent en faveur d'une limitation de l'immunité aux collectivités publiques énumérées disposant d'un pouvoir législatif et à étendre purement et simplement la responsabilité pénale complète aux autres collectivités ou autorités (33) très actives en matière administrative. Selon leurs auteurs, «L'application, par leurs propres juges, d'une sanction pénale à l'encontre de l'Etat et des communautés et régions est difficilement conciliable avec la démocratie. Il serait en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs de soumettre les actes de l'Etat et des communautés et régions au contrôle du

publiques est-elle constitutionnellement correcte?», *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 à 839; «Le champ d'application», in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Charte, série Projuit, 2005, n° 7 à 10, pp. 26 à 31 et note 17; «La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage», obs. sous C.A., n° 8/2005, 12 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606; in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2007, n° 4 à 9, pp. 66 à 76.

(32) Ladite cause d'excuse absolutoire est ainsi libellée : «Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. Sur l'interprétation de cette disposition, voy. A. MISONNE, «Le concours de responsabilités», in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, *op. cit.*, pp. 87 à 164 et «La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée», in S. ADAM, N. BASECQZ et M. NIHOUL, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate Criminal Liability in Europe*, Bruges, La Charte, série Projuit, 2008, pp. 80 à 89.

(33) Amendement n° 2, M. DOOMER et arts, *Doc. parl., Ch.*, s. 2007-2008, n° 52-1146/008; Amendement n° 4, M. DOOMER et arts, *Doc. parl., Ch.*, s. 2008-2009, n° 52-1146/009 et leur avis critique au sujet de la liste actuelle des collectivités immunisées. Selon ces amendements, les collectivités immunisées seraient «l'Etat fédéral, les communautés, les régions, la Commission communautaire commune pour les compétences visées à l'article 135 de la Constitution et la Commission communautaire française pour les compétences visées à l'article 138 de la Constitution». Voy., de manière générale, M. NIHOUL, «La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou "le cercle des immunités disparues"», *C.D.P.K.*, 2006, pp. 177-187.



juge pénal. Ces actes sont soumis à un contrôle politique qui appartient au Parlement et qui ne tolère aucune répression de la part des juridictions pénales. L'existence d'un contrôle politique exclut toute intervention des juges indépendants» (34). A l'estime de la section de législation du Conseil d'Etat, toutefois, «Pareille argumentation, par son caractère général, est insuffisante au regard de la conception en vigueur dans l'ordre constitutionnel belge de la séparation des pouvoirs. En tant qu'elle concerne la possibilité pour une juridiction de contrôler la conformité aux règles de droit des actes des différents pouvoirs constitutifs de l'Etat au sens large, en ce compris ceux qui sont posés par les pouvoirs législatif et judiciaire, elle ne tient pas compte de l'évolution constitutionnelle, législative et jurisprudentielle qui, spécialement depuis l'arrêt 'La Flandria' de la Cour de cassation du 5 novembre 1920, consacre une conception de la séparation des pouvoirs conçue non comme un système de cloisonnement entre ceux-ci mais plutôt comme organisant un équilibre entre les pouvoirs et un contrôle mutuel fondé sur leur autonomie» (35).

5.3. En matière de responsabilité civile des fonctionnaires, par contre, c'est suite à l'intervention de la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) que le législateur a voté la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques afin de s'aligner sur le régime de droit commun en vigueur dans le secteur privé régi par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail et l'article 1384, alinéa 3, du Code civil (36). La Cour s'était en effet opposée à toute différence de traitement qui reposerait sur la nature juridique de l'employeur ou sur celle de la relation entre le travailleur et l'employeur à propos de l'immu-

unité civile des travailleurs les protégeant contre les risques particuliers auxquels ils s'exposent dans l'exécution de leur contrat de travail et qui peuvent impliquer pour eux des charges considérables (37).

Plus récemment, en matière de responsabilité civile de l'Etat, une ferme opposition s'est manifestée au Parlement lors des discussions au sujet de la précédente déclaration de révision de la Constitution. Par voie d'amendement, la proposition avait été faite – et par ailleurs retenue – d'ouvrir à révision l'article 144 de la Constitution «en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat sous tous ses aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs» (38). L'objectif n'était évidemment pas d'autoriser la modification de l'article 1382 du Code civil pour établir directement un droit spécifique de la responsabilité civile de l'Etat. Une telle modification ne nécessite évidemment pas d'agir au niveau constitutionnel. L'idée prêtée aux auteurs de l'amendement en question, en l'absence de toute justification, était de relayer la proposition faite en doctrine de soumettre les juridictions, dont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, à des contrôles destinés à s'assurer d'un meilleur respect du droit (39). Il avait été jugé inadmissible, en particulier, dans un régime démocratique, qu'une juridiction civile puisse se substituer aux assemblées parlementaires dans l'appréciation de l'opportunité d'une intervention législative sous l'angle de la responsabilité civile. Tel était précisément l'enjeu de l'arrêt *Ferrara Jung* du 28 septembre 2006 qui voyait la Cour de cassation confirmer la compétence du pouvoir judiciaire de condamner l'Etat belge pour avoir omis de légiférer afin de donner aux juridictions les moyens de combattre l'arriéré

(34) *Ibid.*, n° 52-1146/006, point 6, p. 3.

(35) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 46.442/2 du 3 décembre 2008, *Doc. parl.*, Ch., s. 2008-2009, n° 52-1146/007, point 3.2, p. 6. La section de législation souligne encore qu'un contrôle politique des organes chargés de la gestion exécutive devant leur organe délibératif existe de manière générale en ce qui concerne toutes les autorités décentralisées actuellement visées par l'article 5, alinéa 4 du Code pénal, et ce par divers procédés, même si cette responsabilité n'est pas toujours susceptible de conduire à la démission des intéressés (pp. 6 et 7). Un tel contrôle existe également s'agissant d'autres autorités que celles visées par le code.

(36) Voy. R. VAN MELSEN, «La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination», in S. LUTER et M. NIHOUL (éd.), *op. cit.*, C.D.P.K., 2007, pp. 155 à 194 et les références citées. Sur la différence de traitement ainsi faite par la Cour d'arbitrage entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale des fonctionnaires, voy., dans la même publication, M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 78, n° 14.

(37) Voy. C.A., n° 77/90, 18 décembre 1990, B.4 : «Dans l'état actuel de la législation, les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile, d'une part, les articles 1382 et suivants et 1251, 3, du Code civil permettent aux pouvoirs publics d'intenter une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, ledits pouvoirs ont indemnié la victime du dommage dont cet agent a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique». De même : C.A., n° 19/2000, 9 février 2000, B.3 ; C.A., n° 17/2003, 28 janvier 2003, B.3.

(38) *Mon.*, 2 mai 2007. Seule la responsabilité civile est en réalité visée sous cette déclaration radicale puisque l'article 144 de la Constitution concerne uniquement les contestations portant sur des droits civils.

(39) X. DELORANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, «De hervorming van de instellingen en de bevestigingsverklaring van 2007. Een grondwettelijke verkenning van enkele voorstellen», C.D.P.K., 2008, n° 32 et 33, pp. 22 à 24.



judiciaire. La proposition était faite, en conséquence, de rétablir une sorte de référé législatif et d'organiser devant la Cour d'arbitrage (aujourd'hui constitutionnelle) un recours extraordinaire contre les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat; un recours réservé aux assemblées législatives, mais interprété, dans le camp de ses détracteurs, comme une manière de «permettre (au pouvoir législatif) d'interférer dans le cours d'un contentieux, au point de dicter la loi aux juges. Ce sont des pratiques qui relèvent de l'Ancien Régime ou de régimes à orientation très peu démocratique que l'on essaie de supprimer dans un certain nombre d'Etats, pratiques que même le Conseil de l'Europe, via notamment la Cour européenne des droits de l'homme, cherche à combattre. Dans une affaire récente qui a été soumise à la Cour européenne des droits de l'homme, la cour s'est émue, à bon droit, de ce qu'un président d'un Etat en voie de démocratisation, ex-pays de l'URSS, devait donner des instructions aux magistrats pour leur demander de sauvegarder les intérêts supérieurs de la nation, au mépris peut-être de l'Etat de droit. Il est évident que tous les procédés neutres ou moins neutres, qui visent à donner au pouvoir politique la possibilité de faire un coup de force dans le cadre de l'arbitrage que les juridictions doivent assumer dans le respect de la loi entre des intérêts contradictoires est évidemment insupportable à tout démocrate» (40). Et «si l'intention de certains est de mettre au pas (pour parler clair) la Cour de cassation qui a le courage de faire évoluer notre Etat de droit en admettant le principe de la responsabilité de l'Etat, en ce compris pour les lacunes du pouvoir législatif, nous ne prêterons pas notre concours à de telles évolutions qui viseraient tout simplement à affirmer la force politique face aux citoyens, car nous privilégierons toujours le droit des citoyens face aux abus, aux lacunes, aux insuffisances du pouvoir, qu'il soit législatif ou exécutif» (41).

Aussitôt critiquée, la proposition fut néanmoins interprétée en doctrine comme ouvrant la porte sur une autre manière d'influencer l'application du droit commun de la responsabilité civile à l'Etat : en confiant tout simplement ce contentieux à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (42).

En l'absence de toute réforme, cependant, l'on analysera la plus récente jurisprudence de la Cour de cassation comme étant allée jusqu'au bout de la logique initiée par l'arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920 en appliquant les articles 1382 et suivants du Code civil à la responsabilité de l'Etat, en ce compris lorsque celle-ci procède du fait du législateur.

### III. - UNE AMBIGUÏTÉ MALGRÉ TOUT PERSISTANTE

6. Ces rapprochements récents du droit public avec le droit commun ne doivent pas voiler la profonde ambiguïté du droit administratif belge dont la nature légale et jurisprudentielle s'entremêle depuis ses origines comme nulle part ailleurs. Car si le principe de la sujétion des personnes publiques au droit commun a été affirmé par la Cour de cassation en 1920, cette sujétion s'est surtout manifestée, en pratique, en matière de responsabilité civile. La création du Conseil d'Etat en 1946 a favorisé l'émergence de théories administratives comparables à celles développées en France; et même devant le pouvoir judiciaire, des principes comme celui de la continuité du service public ont pris le relais sur celui de la séparation des pouvoirs pour accommoder le droit commun aux spécificités administratives, en dépit de l'absence de textes votés dans ce sens.

Avec quelle légitimité, est-on tenté d'interroger?

Aujourd'hui, la question présente évidemment un côté décalé car nul ne souhaitera plus ni se plaindre ni remettre en question les progrès apportés par la jurisprudence en matière administrative, spécialement en termes de protection juridique à travers les principes généraux du droit administratif. Le cas échéant, au nom de quelle valeur, par ailleurs, si ce n'est celle, un peu ubuesque, de la légalité, alors que la loi administrative, précisément, est trop souvent demeurée silencieuse...

Il n'en reste pas moins que si, en fin de compte, le droit administratif est moins différent du droit civil en Belgique qu'en France, c'est probablement en grande partie parce que le pouvoir judiciaire y a été appelé à jouer un rôle très différent. L'arrêt *La Flandria*, déjà évoqué, en est la meilleure démonstration. Si la loi administrative est restée silencieuse sur bien des points, la loi civile, quant à

(40) O. MAINGAIN, C.R.I., Ch., 2006-2007, séance du 25 avril 2007, CRIV 51 PLEN 283, p. 66.

(41) *Ibid.*

(42) X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, *op. cit.*, C.D.P.K., 2008, n° 33, p. 24.

elle, et plus généralement la loi commune, s'est parfois révélée d'un précieux secours. Le pouvoir judiciaire, davantage que le Conseil d'Etat, s'y est montré plus sensible. Avec, au total, le risque important de dissensions.

7. Telle est bien l'une des principales difficultés rencontrées en droit administratif belge depuis la création du Conseil d'Etat en 1946 : celle de la divergence des jurisprudences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat, parfois sur des questions essentielles directement liées au système juridique lui-même, comme la liste des principes généraux du droit administratif existants (43), la portée de l'article 159 de la Constitution spécialement dans le temps en ce qui concerne les actes administratifs individuels (44) ou des notions élémentaires comme l'autorité administrative, souvent déterminante du point de vue du champ d'application du régime juridique administratif lui-même, pour ne prendre que quelques exemples. Condamnées à rester sans solution, à défaut d'un mécanisme de résolution (45), de telles divergences ne sont évidemment guère favorables à la sécurité et à la prévisibilité du droit administratif. En ce compris du point de vue de la sujétion au droit commun, vouée à osciller d'un domaine à l'autre, sans grande cohérence pour ce qui est de l'ensemble.

(43) Rem. A. BOSSUYT, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation», *J.T.*, 2005, pp. 725 à 736 et «Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in *Au-delà de la loi ? Actualité et évolutions des principes généraux du droit*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 161 à 187.

(44) Voy. M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruylant, La Chartre, série Projocit, à paraître.

(45) En ce qui concerne la notion d'autorité administrative uniquement, la Cour de cassation est compétente pour trancher les divergences d'interprétation car il s'agit d'une question de répartition des attributions, aux termes de l'article 158 de la Constitution. Mais dans deux hypothèses seulement : lorsque la section du contentieux administratif décide de ne pouvoir connaître de la demande par le motif que la connaissance de celle-ci rentre dans les attributions des autorités judiciaires ou lorsque la même section rejette un déclinatoire fondé sur le motif que la demande relève des attributions de ces autorités (article 33, alinéa 1<sup>er</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; voy. aussi l'article 34 des mêmes lois). Pour le reste, tout le monde garde en mémoire cette affirmation du Conseil d'Etat selon laquelle «les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat exercent des compétences différentes; (...) la contradiction dénoncée par la partie adverse entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative résulte de la dualité des juridictions; (...) il n'existe pas de disposition constitutionnelle organisant les rapports entre celles-ci» (C.E., *Dechamp*, n° 90.287, 18 octobre 2000, *J.T.*, 2000, p. 333 et obs. D. LAGASSE). En d'autres termes, la contradiction n'est pas censée trouver une solution, à défaut de toute hiérarchie, et puisque «la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour se prononcer sur la jurisprudence de ces juridictions ni, a fortiori, pour dire laquelle doit l'emporter en cas de contradiction» (ibid.). Pire même : la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est elle-même parfois encore différente de celle des deux précédentes ...

Une manière de remédier à cette difficulté serait de concevoir un Code de droit administratif par lequel le pouvoir législatif trancherait les divergences de vue, dans la mesure du possible. Une telle opération de «régularisation» est imaginable aujourd'hui, en dépit du simple fait observé selon lequel, en pratique, les principes généraux avaient initialement pour raison d'être, ou plutôt d'apparaître, d'apporter un remède au silence ou à l'imperfection de la loi. Le bienfait d'un tel code ne serait cependant que de courte durée. Car il ne suffit pas d'un code pour garantir l'unité du droit administratif lorsque chaque article de ce code est lui-même soumis à l'interprétation de juridictions différentes. Dans ces conditions, c'est en effet l'interprétation qui favorise les divergences.

Une autre manière de procéder et de simplifier le droit administratif par la même occasion serait de commencer par simplifier le contentieux administratif lui-même en intégrant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire au sein d'un seul et même «ordre juridictionnel», au nom d'une plus grande efficacité (46). A moins de rassembler le contentieux administratif au sein de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, en ce compris pour ce qui concerne, en particulier, la responsabilité civile des pouvoirs publics (47), mais aussi les contrats administratifs et l'exécution forcée administrative. Le débat semble ouvert sur ce point (48) et le temps venu de choisir une fois pour toutes entre ces deux solutions plus radicales, porteuses de simplification et d'unité du droit administratif.

Une autre manière, encore, de mettre un terme aux divergences, serait d'organiser les rapports entre les jurisprudences des deux juridictions, ou mieux encore entre les juridictions elles-mêmes, en les

(46) Avec création de tribunaux administratifs à l'image des tribunaux du travail, en conservant un auditoire; avec création de cours d'appel administratives à l'image des cours du travail; avec création de chambres particulières au sein de la Cour de cassation spécialisées dans le contentieux administratif.

(47) Parmi les défenseurs de cette idée, l'on croit pouvoir compter R. ANDERSEN, «Monisme ou dualisme juridictionnels. Un vrai ou un faux dilemme?», in *Feestbundel voor H. Vandenbergh*, Bruylant, Die Keure, 2007, pp. 15 à 21.

(48) Voy. notamment P. BOUVIER, «Conclusions générales», in H. DUMONT, P. JADGUL et S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, Bibliothèque de droit administratif, 2006, p. 574; M. NIHOUL, «Il est temps de réformer le contentieux administratif», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 493 à 497; X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHUYSE, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2008, n° 33, p. 24; D. RENDERS, «La réforme du Conseil d'Etat de Belgique», *A.J.D.A.*, 2008, p. 231.

invitant, ensemble, à se mettre d'accord sur une interprétation. Un lieu de discussion pourrait être organisé à cet effet.

8. Il reste alors à observer que même en présence d'une loi, le comportement du juge peut varier. Tantôt, il mettra un point d'honneur à respecter au plus près la volonté du législateur. Tantôt, il succombera à la tentation de s'en écarter, fort de son expérience et, peut-être, d'une envie irrésistible de l'influencer.

8.1. Premier cas de figure, celui de l'obéissance. Avec, par exemple, la motion de méfiance constructive au niveau local qui a donné lieu à un singulier dialogue entre la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et le législateur wallon, par voie d'arrêts et de décret interposés. Il faut préciser que le texte initial était relativement minimaliste. Il ne contenait guère de précisions quant à la nature de la motion de méfiance constructive et la procédure à respecter pour la décider. Dans ces conditions, les premières applications du texte ont suscité un certain nombre de contestations.

Le Conseil d'Etat a commencé par affirmer sa compétence pour contrôler la légalité de ce qui est une décision administrative individuelle au niveau local, une décision faisant grief et non immunisée par le principe de la séparation des pouvoirs. Il a consacré, ensuite, l'application des principes généraux du droit administratif tels que le principe *audi alteram partem* (49). Jusqu'à ce que le Parlement wallon vote un décret du 8 juin 2006 modifiant l'article L 1123-14, §1<sup>er</sup> du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, auquel le Conseil d'Etat s'est volontairement soumis.

En ce qui concerne le principe *Audi alteram partem*, surtout, et l'assistance refusée d'un avocat en séance du conseil communal lors de l'adoption d'une motion de méfiance, le Conseil d'Etat a rappelé que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales «s'applique en matière juridictionnelle, ce qui n'est pas le cas de l'adoption par un conseil com-

(49) C.E., *Brynaert*, n° 158.078, 8 mars 2006 et n° 171.146, 14 mai 2007; C.E., *Vanbergen*, n° 157.044, 28 mars 2006 et n° 167.234, 29 janvier 2007; C.E., *Maniscalco*, n° 158.939, 17 mai 2006 et n° 171.147, 14 mai 2007. A l'exclusion du principe *non bis in idem* et des droits de la défense réservés aux matières pénales et disciplinaires: C.E., *Vanbergen*, n° 161.253, 11 juillet 2006. Voy. notamment D. RENDERS et T. BOMBOIS, «La motion de méfiance constructive communale: un acte justiciable du Conseil d'Etat», *J.T.*, 2006, pp. 317 à 324; «L'impossible existence des actes de gouvernement: entre la sanction disciplinaire déguisée et la mesure grave», obs. sous C.E., *Reinier*, n° 139.158, 12 janvier 2006, *J.T.*, 2006, pp. 693 à 696.

munal d'une motion de méfiance à l'encontre d'un échevin; que la décision attaquée apparaît dénuée de tout caractère disciplinaire (ce qui ressort de la motivation visant l'énoncé du reproche fait au requérant d'être, avec deux autres échevins, pour leur part démissionnaires, «co-responsables des fautes politiques commises», étant tous trois «impliqués dans l'affaire de la Carolo»), de sorte que le principe général du respect dû aux droits de la défense ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce; qu'elle n'en a pas moins été prise en considération du comportement du requérant; qu'elle est grave, par le désaveu qu'elle exprime et les conséquences qu'y attache l'article L 1123-14 du Code de la démocratie locale, précité; que, en pareil cas, *prima facie*, en application du principe général de droit *Audi alteram partem*, il convenait que le requérant pût faire valoir utilement ses arguments et être assisté d'un avocat, avant que la décision attaquée ne fût adoptée; que, toutefois, le décret du 8 juin 2006, entré en vigueur le 15 juin 2006, a inséré à l'article L 1123-14, §1<sup>er</sup>, un nouvel alinéa 8, libellé comme suit: 'Lorsque la motion de méfiance est dirigée contre un ou plusieurs membres du collège, ceux-ci, s'ils sont présents, disposent de la faculté de faire valoir, en personne, leurs observations devant le conseil, et en tout cas, immédiatement avant que n'intervienne le vote'; qu'il ressort du texte de cette disposition interprété à la lumière des travaux préparatoires du décret du 8 juin 2006 que le législateur décréte a entendu modaliser l'application du principe *Audi alteram partem* lors du débat, au sein du conseil communal, relatif à l'adoption d'une motion de méfiance en précisant expressément les conditions dans lesquelles l'échevin concerné est entendu, soit personnellement sans l'assistance d'un avocat; que ce principe général de droit ne peut prévaloir sur les dispositions explicites du décret du 8 juin 2006 précité; que le moyen n'est pas sérieux» (50).

En ce qui concerne la motivation formelle, l'arrêt indique que «l'ajout, par le décret du 8 juin 2006, au nouvel alinéa 9 de l'article L 1123-14, §1<sup>er</sup> précité des mots 'Le conseil communal apprécie souverainement, par son vote, les motifs qui le fondent' porte sur la motivation matérielle de l'adoption de la motion de méfiance, soit sur ses motifs, de sorte que cette modification décréte n'exonère pas

(50) C.E., *Vanbergen*, n° 161.253, 11 juillet 2006. La Cour constitutionnelle a validé le dispositif décréte, justifiant la modalisation du principe *audi alteram partem* par la nature politique du rapport entre les échevins et le conseil communal: C.C., n° 156/2007, 19 décembre 2007. *Adde* C.E., *Vanbergen*, n° 179.546, 13 février 2008 et n° 183.513, 28 mai 2008.

cette décision du conseil communal de l'exigence de motivation formelle; que, par ailleurs, les relations entre le conseil communal et les membres du collège communal sont basées sur la responsabilité politique ainsi que le prescrit l'article L 1123-14, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, précité; que la rupture du lien de confiance entre le conseil communal et un membre du collège communal qui se manifeste par l'adoption d'une motion de méfiance n'est pas nécessairement fondée sur des faits précis et, par conséquent, peut être impossible à objectiver, ce qui réduit forcément la motivation formelle de l'acte mettant un terme au mandat d'un échevin à une formule stéréotypée; qu'en l'espèce, en visant l'article L 1123-14, précité, et en se référant aux motifs de la motion de méfiance, à savoir l'implication notamment du requérant dans l'affaire de la Carolo, la poursuite sans polémiques ni suspicion du fonctionnement efficace et harmonieux du collège, la co-responsabilité dans le chef des trois échevins concernés des fautes politiques commises, et la rupture du lien de confiance qui doit exister entre une majorité politique et ceux à qui la gestion collégiale a été confiée, la décision attaquée paraît suffisamment et adéquatement motivée.

8.2. Second cas de figure. Celui de la liberté. Certes point dans des proportions comparables à ce qu'il est parfois donné de voir ailleurs, comme en Turquie, où récemment, le 5 juin 2008, la Cour constitutionnelle a annulé, par neuf voix contre trois, un amendement à la loi fondamentale autorisant le port du voile dans les universités du pays au motif qu'il serait contraire à plusieurs dispositions de celle-ci consacrant le caractère laïc de la République de Turquie et que ces dispositions seraient non-amendables (51). Il arrive toutefois aussi en Belgique que le juge prenne ses distances avec les textes.

L'on songe, par exemple, à l'obligation faite aux juridictions de dernier degré de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, selon les termes de l'article 26, §2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Plusieurs arguments, pourtant non prévus par cette disposition, ont été imaginés, par le Conseil d'Etat comme par la Cour de cassation, pour éviter des questions jugées inutiles (52). Il s'en est suivi une révision de

l'article 26 en question lors d'une réforme plus générale qui eût lieu en 2003 (53).

Autre exemple, plus récent, davantage passé inaperçu et ne prêtant pas à conséquences. A l'instar de Robert Andersen, plusieurs conseillers d'Etat – tout comme de nombreux magistrats dans toutes les juridictions du pays, en ce compris la Cour constitutionnelle – sont en même temps professeurs d'université. Les recherches qu'ils y mènent contribuent ainsi directement à l'enrichissement et la qualité de la jurisprudence. Avec, probablement, une tentation renforcée, à certains moments, de faire passer certaines idées.

Dans un arrêt récent, l'arrêt *Chevalier*, n° 188.454 du 3 décembre 2008, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a considéré que dans le cadre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un agent de C.P.A.S., le rapport du secrétaire «est une formalité obligatoire qui a pour but d'apporter au conseil une information objective et complète des faits et qui, par conséquent, sert l'intérêt de l'agent» (54). L'expression «formalité obligatoire» doit attirer l'attention car elle ne correspond pas à la formule prescrite par l'article 14, §1<sup>er</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui est celle de «formalité substantielle» (55). Cette notion n'est toutefois définie ni dans la loi ni dans les travaux préparatoires. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence distinguent en conséquence trois sortes de formalités : celles prescrites à peine de nullité, les formalités substantielles et les formalités secondaires. Seules les formalités du troisième genre n'entraînent pas l'illégalité de l'acte administratif en cas de non-respect. Elles sont prévues dans l'intérêt exclusif de l'administration et non dans celui des agents.

Dans son précis de contentieux administratif, P. Lewalle – l'un des conseillers qui composait le siège appelé à statuer par l'arrêt du 3 décembre 2008 – explique que «Cette terminologie, des plus officielles (...) paraît cependant obscure et vieillie. Le problème peut être

questions préjudicielles témoigne d'un certain détachement par rapport aux principes inscrits dans la loi».

(53) Voy. l'article 9 de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Mon.*, 11 avril 2003, p. 183.184.

(54) Rapp. B. LOMBAERT, «Le rapport disciplinaire du secrétaire communal ou de C.P.A.S. : pour quels agents, quelle portée et quel contenu?», *Rev. dr. com.*, 2006/1, sp. n° 18, p. 7 et p. 8, n° 21.

(55) «La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements (...)».

(51) <http://ovipot.blogspot.com/2008/06/la-cour-constitutionnelle-turque-annul.html>

(52) Voy. not. M. NIHOUL, «La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénî de renvoi préjudiciel' à l'occasion de l'affaire L.N.U.S.O.P.1», *R. Cass.*, 1996, pp. 205 à 230; C. HOREVORTS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 48, p. 69 et la délicate observation selon laquelle «La pratique des

présenté en termes plus simples. (...) La question est seulement de savoir si (...) l'autorité administrative est soumise à de véritables obligations, dont la méconnaissance pourrait être invoquée devant le juge de l'excès de pouvoir par un requérant qui y aurait intérêt, ou si ce formalisme n'est imposé qu'au seul avantage de l'administration» (56). D'où la notion de «formalités obligatoires».

L'excellent auteur et magistrat justifie cette simplification par le fait que la jurisprudence tendrait à gommer la distinction en pratique (57) et que de nombreuses formes seraient aujourd'hui prescrites par des textes ou des principes généraux du droit, sans l'être comme telles à peine de nullité.

Certes. Mais revient-il au juge de ne plus distinguer là où la loi distingue expressément? Ni l'imprécision du législateur ni la montée en puissance des principes généraux du droit administratif, pas plus que la désuétude au demeurant, ne peuvent justifier du juge qu'il retouche la loi. Spécialement en droit administratif belge où l'application de la loi relève également, pour une part substantielle, du pouvoir judiciaire, avec le risque de distorsions que cela comporte. La formalité substantielle porte peut-être mal son nom car si une formalité est prescrite à peine de nullité, c'est précisément parce que le législateur l'a considérée comme étant importante voire essentielle, c'est-à-dire substantielle. Mais n'est-il pas opportun, en même temps, qu'un nom différent serve à désigner deux réalités différentes, fut-ce seulement pour en identifier la source juridique? La loi, en ce qui concerne les formalités prescrites à peine de nullité. La jurisprudence, en ce qui concerne les formalités substantielles, à

(56) P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, n° 586, pp. 1047 et 1048. L'auteur se réfère notamment aux *Novelles*, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 1287 et s., pp. 428 et s. (voy. sp. p. 431, n° 1290) et à J.-P. HAESAERT, *La sanction par le Conseil d'Etat des vices de forme entachant les actes administratifs et les décisions des juridictions administratives*, Bruxelles, Editions de la librairie encyclopédique, 1958, pp. 192 et s. Voy. aussi en France R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte unilatéral en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1975.

(57) La jurisprudence citée est déjà ancienne. Elle n'utiliserait plus l'expression de formes prescrites à peine de nullité au bénéfice de la notion de formalités substantielles qui recouvrirait tous les cas de nullité pour vices de formes. La consultation du site internet du Conseil d'Etat montre en revanche que seuls quelques arrêts plus récents font état d'une «formalité obligatoire»: C.E., l'Association sans but lucratif «Institut Médical Edith Cavell», n° 81.481, 81.483, 81.485, 30 juin 1999 concernant la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat; C.E., le Centre public d'aide sociale de Bruxelles et cris et Hottin et cris, n° 95.875, 21 mai 2001 (concernant la consultation d'un organe d'avis); C.E., l'association hospitalière de Bruxelles et de Schaerbeek Centre hospitalier universitaire Brugmann, n° 169.626, 30 mars 2007 concernant l'apposition de timbres fiscaux; C.E., Goebels, n° 108.369, 24 juin 2002 concernant l'affichage d'un permis. A l'exception du dernier arrêt, ils ont tous été rendus par ou en présence de P. LEWALLE.

défaut ou en présence d'un texte de loi, lorsque celui-ci omet de préciser que la formalité est prescrite à peine de nullité et que les travaux préparatoires restent également muets sur ce point. Enfin, il n'est pas exclu que la distinction entre formalités prescrites à peine de nullité et formalités substantielles ait une incidence, par exemple sur les causes ou la manière dont il est permis de les couvrir.

8.3. La tentation du juge de s'écarter des textes est probablement d'autant plus grande qu'il dispose dans son arsenal juridique d'une arme décisive, à savoir celle des principes généraux du droit. Dans une contribution récente, David Renders a mis en lumière la volatilité de ceux-ci dont la place – et donc la valeur ou la force – dans la hiérarchie des normes est susceptible de fluctuer selon la formulation choisie par le plaideur (58). De nombreux principes généraux du droit administratif découlent fondamentalement des principes de légalité et d'égalité en manière telle que leur valeur constitutionnelle est loin d'être exclue. Avec cet avantage considérable que leur contenu est loin d'être précis et figé une fois pour toutes, procurant ainsi au juge un pouvoir créatif sans précédent (59).

Ce pouvoir créatif est parfois l'occasion pour le juge d'établir des règles juridiques différentes du droit commun, spécifiques au droit administratif. Il n'a pas fallu attendre la création du Conseil d'Etat après la seconde guerre mondiale pour le voir, le pouvoir judiciaire ayant lui-même recouru d'abord au principe de la séparation des pouvoirs, ensuite à celui de la continuité des services publics, par exemple en matière de saisissabilité des biens de l'Etat, pour éviter l'application stricte du droit commun. Et pourtant, en droit belge, les principes de dualité de juridiction et de continuité du service public ne forment pas, comme en France, un «bloc de constitutionnalité» avec les articles de la Constitution de 1958, ceux de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946, consacrant la spécificité du droit administratif et de ses principes généraux (60). Il n'empêche, la matière a

(58) D. RENDERS ET L. VANSNIJCK, «La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes», in *Le service public : entre menaces et renouveau*, Bruxelles, La Chartre, Bibliothèque de droit administratif, à paraître.

(59) Ledit pouvoir, lorsqu'il est situé au niveau de la norme de valeur législative, échappe au demeurant au contrôle de la Cour constitutionnelle.

(60) Voy., à cet égard, M. NIHOUL, *op. cit.*, 2001, n° 76, pp. 96 et 97.



connu une évolution jurisprudentielle importante (61), fortement inspirée de France, jusqu'à ce que le législateur se saisisse lui-même du sujet et établisse l'article 1412bis du Code judiciaire, relativement proche du droit commun.

### CONCLUSION

9. Si l'on sait ce que l'on dit de ceux qui ne changent jamais d'avis, l'on ne peut y trouver une raison suffisante pour changer d'avis sur un point précis sans autre forme de conviction ou de justification. Aujourd'hui, nous persistons à penser que la meilleure voie pour concevoir le droit administratif sur le plan juridique et démocratique est, dans notre système constitutionnel, la voie légale de la norme le plus souvent de valeur législative. L'action publique peut en effet requérir des règles spécifiques, en termes de prérogatives comme de sujétions, celles-ci permettant le plus souvent d'encadrer celles-là. Dans tous les cas, il revient au législateur de justifier la nécessité de ces règles et leur proportionnalité lorsqu'elles dérogent au droit commun et portent atteinte aux droits fondamentaux ou aux libertés publiques.

La nature du droit administratif n'est pas d'être autonome ou spécifique à tout prix. La règle administrative doit simplement être adéquate selon la matière et la politique données. Dans certains cas, le droit commun peut parfaitement suffire à la réalisation des objectifs légitimement fixés (62). En manière telle qu'à propos de chaque élément constitutif du régime juridique des autorités et de l'action administrative en général, il conviendrait d'oser se poser la question sans préjugé, de façon systématique, de l'adéquation du droit commun, spécialement dans le cadre de recherches approfondies, telle la réalisation d'une thèse de doctorat, et spécialement en Belgique compte tenu de la nature ambiguë du droit administratif belge en

(61) Voy., à cet égard, M. NIHOUL, *op. cit.*, R.D.P.C., 2003, pp. 826 et 827. En résumé, l'on est passé d'un régime d'immunité absolue aux noms de la séparation des pouvoirs et de la continuité du service public, jusque dans les années quatre-vingt, à un régime de saisissabilité partielle des biens de l'Etat, une mesure d'exécution forcée n'étant interdite que lorsqu'elle entrave effectivement la continuité du service public, à charge pour le juge de vérifier au besoin cette allégation en pratique.

(62) Contrairement à ce qui est parfois présenté, tel n'est pas le cas, à notre estime, en matière d'exécution forcée des obligations administratives, en présence d'une série non négligeable de lois dérogatoires patiemment votées au fil des besoins manifestés dans le cadre des polices administratives.

ce qui concerne sa relation avec le droit privé. Le constat est peut-être significatif, mais il n'existe à l'heure actuelle aucune étude complète, en droit belge, faisant le tour de l'utilisation du droit civil en matière administrative, pour paraphraser B. Plessix.

Une telle conception du droit administratif peut paraître dépassée au XXI<sup>e</sup> siècle du fait, en particulier, de l'émergence du pouvoir juridictionnel, spécialement en droit international, et, en matière administrative, des principes généraux du droit administratif sur le plan national. La doctrine n'a pas manqué d'observer à cet égard que le droit à une bonne administration est désormais inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dont «on peut s'attendre à une colonisation générale du droit administratif par l'Europe» (63), alors même qu'il vise exclusivement les institutions et organes de l'Union.

Sans oser trancher ici l'épineuse relation entre les droits interne et international, spécialement lorsque ce dernier trouve sa source dans une jurisprudence distante des textes fondateurs, force est simplement de rappeler, du point de vue national, que la norme législative s'impose en principe aux juges internes, spécialement aux juges judiciaires et administratifs (64), sous réserve du contrôle de constitutionnalité réservé à la Cour constitutionnelle; que le caractère général de certaines normes de droit privé devrait en conséquence conduire en pratique à leur application en matière administrative; que le législateur reste libre de prévoir autre chose, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle tout comme la norme constitutionnelle peut, au besoin, être aménagée à son tour; enfin, que si le législateur n'est pas en phase avec la jurisprudence administrative, il lui est loisible d'y remédier en se saisissant de la question et en lui apportant une orientation différente.

Les progrès enregistrés en jurisprudence ne suffisent pas à légitimer un droit administratif fondamentalement prétorien en Belgique. Quant à la jurisprudence internationale, il doit en être tenu compte directement et, le cas échéant, en y conformant les textes de droit interne. En pratique, il paraît cependant désormais vain de chercher à identifier une fois pour toutes la véritable nature du droit administratif belge qui, dans son état actuel et au-delà de

(63) P. MARTENS, *op. cit.*, 2006, p. 4, n° 8.

(64) En dehors de l'hypothèse spécifique et ici évacuée d'une contrariété avec le droit international directement applicable.



l'ambiguïté conceptuelle, reste le produit remarquable d'une véritable lutte historique, avec tous les moyens du bord, en doctrine, en jurisprudence comme en législation, internes ou internationales, contre le risque d'arbitraire. A défaut d'en déceler la nature, l'on en perçoit davantage toute la spécificité.